



Merkblatt „Wegwerfgesellschaften“ („WWG“)

Misswirtschaft (Art. 165 StGB) durch Konkursverschleppung

Der entscheidende *Ausgleich zwischen der Haftungsbeschränkung durch Kapitalgesellschaften und den Gläubigerinteressen* wird durch Art. 725 OR gewährleistet. Er verpflichtet die Unternehmensleitung, die Finanzkontrolle so zu organisieren, dass die Überschuldung früh erkannt und durch Konkursöffnung in einem Zeitpunkt gestoppt wird, in dem noch genügend Aktiven vorhanden sind, um den Gläubigern eine substantielle Konkursdividende zu gewährleisten. Ein Konkurs, der mangels Aktiven eingestellt werden muss, ist kaum denkbar, wenn die Unternehmensleitung ihre Pflichten gemäss Art. 725 OR erfüllt und keine dramatischen gesamtwirtschaftlichen Ereignisse wie z.B. ein Börsencrash mitwirken.

Dieser Zusammenhang und die wachsende Zahl von Konkurseinstellungen mangels Aktiven hat dazu geführt, dass in den Jahren 2009 bis 2011 im Rahmen des von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich geleiteten *Projekts „Wegwerfgesellschaften“ („WWG“)* ein Schema entwickelt wurde, um den Konkursmissbrauch in einem einfachen und kurzen Strafverfahren als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB, begangen durch Konkursverschleppung, zu ahnden.

Dieses sog. *WWG-Schema* beruht auf folgenden Grundlagen:

- ◆ Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es eine „arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung“ gemäss Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, die *Kapitalschutzpflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR* (für die GmbH in Verbindung mit Art. 820 Abs. 1 OR) zu missachten (*BGE: 104 IV 160 E.4b; 127 IV 110 E.5.b.; nicht in der AS publizierte Entscheide des BGer: 6P.164/2006 E.9, v.a. 9.3.4.1; 6S.1/2006 E.8, 6B_433/2007 E.2; 6S.24/2007 E.3.; 6S.71/2007 E.9 ff.; 6B_54/2008 E.7, v.a. 7.4.2).*
- ◆ Die „*begründete Besorgnis einer Überschuldung*“, die die Kapitalschutzpflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR auslöst, ist spätestens dann gegeben, wenn das Unternehmen nicht mehr alle seine Schulden aus dem normalen Geschäftsbetrieb tilgen kann, namentlich wenn Forderungen der Steuerbehörden und Sozialversicherungsanstalten offen bleiben, was sich einfach dadurch nachweisen lässt, dass gegen das Unternehmen einschlägige *Betreibungen* eingeleitet worden sind.
- ◆ Die Verletzung der Pflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss die in Art. 165 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in vier Varianten beschriebenen Folgen haben, nämlich eine *Verschlimmerung der Vermögenslage* bei vorbestehender *oder* sich dadurch ergebender Überschuldung *oder* Zahlungsunfähigkeit. Die Konkursöffnung auf *Betreibung* ist die Folge der Zahlungsunfähigkeit, die Konkursöffnung nach Bilanzdeponierung die Folge der Überschuldung. Die objektive Strafbarkeitsbedingung der

Konkurseröffnung ist mithin gleichzeitig der Nachweis, dass das gesetzlich erforderliche Ergebnis der Verschlimmerung eingetreten ist.

Erfahrungsgemäss lassen die wenigsten Kleinunternehmen mit einschlägigen Betreibungen gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz revidieren. Deren Organe melden auch selten von sich aus Konkurs an. Für die *Kausalität* dieser Pflichtverletzung für die Verschlimmerung der Vermögenslage, d.h. den tatbestandsmässigen Erfolg, ist entscheidend, dass es die Organe dadurch verpassen, rechtzeitig die „Notbremse“ zu ziehen, um für die Gesellschaftsgläubiger möglichst viel Substanz zu retten. Vielmehr verbrauchen die Unternehmen in aller Regel die noch vorhandenen liquiden Aktiven, namentlich die Bankguthaben, und lassen weitere Passiven auflaufen, z.B.:

- ◆ Löhne und weitere Personalkosten,
- ◆ Mieten und Raumnebenkosten,
- ◆ Leasinggebühren und weitere Verkehrskosten,
- ◆ Telefongebühren und weitere Kommunikations- und Infrastrukturkosten,
- ◆ Versicherungsprämien,
- ◆ Schuldzinsen und weitere Finanzierungs- und Verzugskosten.

Für diese meist leicht nachweisbare Verschlimmerung der Vermögenslage gemäss Art. 165 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist die Unterlassung der rechtzeitigen Konkursanmeldung eine adäquate Ursache. Denn *durch rechtzeitige Konkursanmeldung wären der Verbrauch von Vermögenswerten und die Entstehung neuer Verpflichtungen früher gestoppt* worden (vgl. Art. 197 ff. SchKG, v.a. Art. 209 SchKG „Zinsenlauf“, Art. 211a SchKG „Dauerschuldverhältnisse“). Nicht erforderlich ist es, dass das fehlbare Organ selber unmittelbar in die Erhöhung der Passiven oder Verminderung der Aktiven involviert ist oder auch nur darüber informiert wird. Die Verschlimmerung ist lediglich der tatbestandsmässige Erfolg, der erst nach dem tatbestandsmässigen Verhalten (Missachtung von Art. 725 Abs. 2 OR = Konkursverschleppung = Misswirtschaft) eintritt und in Bezug auf den es genügt, wenn ihn das fehlbare Organ in einem pauschalen Sinne für möglich gehalten und in Kauf genommen hat (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB).

Das WWG-Schema hat sich in der Praxis bewährt: Es ermöglicht, die Konkursverschleppung ohne grossen Untersuchungsaufwand als *Massendelikt* zu ahnden. Trotz der Schematisierung der Untersuchung stellt das WWG-Konzept sicher, dass niemand für das blosses Schuldenmachen oder wirtschaftliche Scheitern bestraft wird. Grund für die Strafe ist der verantwortungslose Umgang mit dem Vollstreckungssubstrat in der Unternehmenskrise. Ob dies einer systematischen Missbrauchsabsicht entspringt oder nur als Fehlreaktion auf das ungewollte wirtschaftliche Scheitern geschieht, ist für die Strafbarkeit unerheblich.

Zürich, 14. August 2015

M. Jean-Richard-dit-Bressel